

【刑法】

1 Xの行為は、傷害罪（刑法204条）の構成要件に該当しますが、Yから花瓶で殴られたことに対応した行為なので、正当防衛（刑法36条1項）の成立が問題となります。

2 まず、Yが花瓶でXを殴った行為が「急迫不正の侵害」に該当するかということに関して、XがYを挑発して攻撃させたという自招侵害に当たるのではないか、そうではなくても喧嘩闘争にすぎないのではないかといった疑問があります。そして、そもそも自招侵害や喧嘩闘争の場合にはなぜ「急迫不正の侵害」ではなくなるのかを理論的に説明する必要があります。

そこで検討すると、自招侵害や喧嘩闘争に共通するのは、相手方の侵害が予期ないし予想できたということであるところ、侵害が予期ないし予想されても、当然に逃避しなければならないという義務が存するわけではありません。しかしながら、単に予期された侵害を避けなかったということとどまらず、その予期された侵害の機会を利用して、積極的に相手に対し加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、侵害の急迫性を欠くとされています（最高裁昭和52年7月21日決定）。

それでは、積極的加害意思があった場合に急迫性の要件が否定されるのはどうしてなのでしょう。判例は、急迫性の要件を、「法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていること」を意味するとしています（最高裁昭和46年11月16日判決）が、その立場と矛盾するという批判が加えられています。

ここでは、刑法36条1項にいう侵害の「急迫性」とは、侵害が客観的に間近に迫って存在しているという単なる事実的要素をいうのか、それとも侵害されようとしている法益を保護すべき必要性和関連させ、防衛行為を許容できるかどうかという規範的・評価的判断を包含する事実的要素として把握すべきかということが問題となってきます。

侵害の急迫性の有無は、被侵害者の積極的加害意思という主観的事情を考慮せずに客観的に決定すべきであるとする考え方に立つならば、積極的加害意思は、急迫性の判断要素になるのではなく、防衛の意思の判断要素として考慮されることとなります。

これに対し、判例の立場によれば、急迫性の判断に際しては、行為者側の法益保護の必要性という視点からの考慮が求められるのであり、そのため、行為者が、侵害に対する反撃を、むしろ侵害者に対する攻撃手段として利用しようという意思であったと認められる場合には、正当防衛が肯定される規範的前提としての急迫性を認める必要はないと考えます。すなわち、侵害の急迫性が存在するかどうかの判断は、単なる客観的な事実の存否の判断ではなく、侵害に対する反撃が、法秩序全体からみて緊急時の対応として許容されるか否かという規範的・評価的な判断であるとするわけです。そうすると、侵害を予期して積極的加害意思があるというのは、「来るなら来い、来たならやっつけてやる。」という意識状態であり、相手方の攻撃を待ち構えている状態ですから、相手方の攻撃が実際になされたとしても、その攻撃が予期した程度の範囲内であれば、緊急のものとは評価できないということとなります。したがって、自招侵害や喧嘩闘争の場合も、予期された侵害と、これに対する本人の加害意思及び加害行為とを相関的に考量して規範的・評価的判断がなされ、原則として侵害の急迫性が失われるのですが、相手の侵害が予期の程度を超えて過大で、本人の加害意思及び加害

行為との間に均衡を失するような場合には、侵害の急迫性は失われないという結論になります。

本問では、Xは「やるなら素手でこい。」と挑発して素手での喧嘩を予期していたのに対して、Yは、金属製であり硬質の、重さが5キログラムもある花瓶という、殺傷能力が比較的高いと認められる鈍器で殴りつけていますので、そのことが、Xの予期の程度を越えて過大であると評価できるかどうかを論じる必要があります。

3 「急迫不正の侵害」との関係で次に問題になるのは、Yが失神状態となつてうずくまった段階で、YのXに対する「侵害の急迫性」は終了したと認定すべきかということです。

もしも、侵害の急迫性が継続していると認定するなら、Yがうずくまった後のXの殴打や足蹴も含めて防衛行為と評価する余地が残ります。それに対して、侵害の急迫性が終了したと認定するなら、Yがうずくまった後のXの殴打や足蹴とその結果生じさせた傷害について正当防衛が成立することはなくなります。ただし、刑法36条2項にいう「防衛の程度を超えた行為」の解釈につき、程度を超えるという中には、質的に超えた場合（必要性・相当性の程度を超えて強い反撃を加えた場合）のほか、量的に超えた場合（すでに侵害が止んだのに反撃を続けた場合）も含むという立場（大コンメンタール刑法第二版第2巻400頁）があります。この立場をとると、Yの侵害行為がうずくまった時点で終了したと認定しても、その前後を通じたXの一連の暴行を1個の反撃行為としてとらえ、その反撃行為について過剰防衛（刑法36条2項）が成立すると考えることもできます。

侵害の急迫性が終了したかどうかという点について、判例や下級審裁判例は、防衛者からみて、相手方の侵害行為が終了したと認識できるような具体的事実があれば「侵害の急迫性」が喪失したと認定する（仙台高裁秋田支部昭和30年12月20日判決、福岡高裁昭和31年2月4日判決、広島高裁昭和41年12月6日判決、福岡高裁昭和46年2月12日判決、津地裁平成5年4月28日判決等）のに対して、防衛者からみて、相手方の侵害が終了したと明らかに認められるだけの具体的事実がない場合には「侵害の急迫性」は失われないと認定している（最高裁平成9年6月16日判決）ように解されます。緊急事態において、侵害行為が終了したかどうかについて冷静に客観的な判断を求めるのは、防衛者にとって酷であるという価値判断が背後にあるものと考えられます。

本問の場合、Yが失神状態となつてうずくまった段階で、「侵害の急迫性」が客観的には失われているのですが、Xからみて、Yの侵害が終了したと認識できるような具体的事実があったといえるかどうかによって、結論に違いが出ることになるでしょう。そして、うずくまったという状態では失神していることが明らかに分かるわけではなく、現にXはYの攻撃が続くと認識していたのですから、侵害の急迫性は失われていないと認定するのが相当と考えられます。

仮に侵害の急迫性が失われたと認定したなら、正当防衛が成立することはなくなりますが、急迫不正の侵害がないにもかかわらずあると誤信したということで、誤想防衛を論じる余地が生じることになります。そして、誤想防衛を肯定したとしても、防衛行為が過剰であることの認識をXが有していたと認定したなら、故意犯としての傷害罪が成立します。ただし、法36条2項の準用を認めるべきでしょう。

4 次いで、Xは、自分の身体を守るために反撃しているのですが、同時に仕返しのためYを痛めつけてやろうとの思いもあってYに攻撃を加えていることから、「防衛の意思」の要否とその内容を検討する必要があります。

刑法36条1項は、急迫不正の侵害に対し自己または他人の権利を「防衛するため」の行為について、違法性を阻却するものとしていますが、ここにいう「防衛するため」の行為とは、客観的にみて防衛行為になっていれば足りるのか、それとも主観的に防衛の意思をもって行った行為であることが必要であるかの対立があります。

防衛の意思を必要とする立場は、刑法における違法性は、単に結果を客観的に考えるだけではなく、行為が社会倫理規範に反していないかという観点からも評価されるべきだという考え方を前提としています。そして、行為の社会倫理規範違反性という観点を肯定すると、違法性を判断するに当たって、行為者の主観的な面も無視することができなくなり、これを正当防衛についてみると、防衛行為といえるためには防衛の意思をもって行ったことが必要になるというわけです。この場合、防衛の意思は主観的正当化要素と解することになります。

そして、防衛の意思の内容ですが、正当防衛行為は緊急状態において防衛者のとっさの行動としてなされるものであり、必ずしも冷静な判断に基づくものではないので、緊急状態での冷静な判断に基づかない反撃行為や、自衛本能に発した反射的行為であっても、一概に正当防衛の範疇から除外するのは不合理です。そこで、防衛の意思とは、「急迫不正の侵害を意識しつつ、これを避けようとする心理状態を指す」と解するのが相当です。ただし、たとえ急迫不正の侵害に対応している認識があったとしても、「専ら攻撃の意図に出た」というような場合には、防衛行為としての社会的相当性が失われますので、防衛の意思は否定されます（最高裁昭和46年11月16日判決、最高裁昭和50年11月28日判決、最高裁昭和60年9月12日判決等）。

なお、このような「専ら攻撃の意図に出た」という心理状態は、不正の侵害に対する反撃行為がなされる時点で問題とされることであり、他方、「侵害を予期した積極的加害意思」という心理状態は、上述したように不正の侵害がなされる以前の時点で問題とされることです。このように、「専ら攻撃の意図に出た」という心理状態は、正当防衛の成立要件である防衛行為のうちの防衛の意思の存否に関わる事情であり、「侵害を予期した積極的加害意思」という心理状態は、正当防衛の成立要件である侵害の急迫性の存否に関わる事情である、という違いが存することになります。

問題文によれば、Xには、Yの攻撃から自分の身を守ることと、仕返しのためYを痛めつけるという2つの目的が併存しており、専ら攻撃の意図により反撃したわけではありませんので、防衛の意思は肯定できることになるでしょう。

5 最後に、Xの反撃行為が「やむを得ずにした行為（防衛行為の相当性）」といえるかが問題となります。

そこで検討すると、不正な侵害をした者は一切の法的保護の外に置かれるというわけではありませんから、防衛行為にも一定の限界を設けざるを得ません。それが、正当防衛につき、「やむを得ずにした行為」であることを要件とする根拠です。しかし、この要件を厳格に解すると、緊急行為たる正当防衛の本来の趣旨が失われるおそれがあります。そのため、「やむを得ずにした行為」というためには、必ずしもその反撃行為が侵害を避けるための唯一の

方法であることは要求されず、防衛行為として相当性を有していれば足りません。そして、防衛行為としての相当性を判断するには、「侵害者に対する加害態様」と「法益の権衡」という2つの方向から検討するのが有益です。

本問の場合、「侵害者に対する加害態様」という観点においては、素手の状態にあったYに対して金属製の花瓶を凶器として使用し、鼻骨骨折という重傷を負わせて失神させていること、Yがうずくまった後も侵害の急迫性は継続しているものの、Yによる明らかな攻撃が止んでいる状態で、その場から逃げることは容易であったにもかかわらずなお反撃を続けていること、XとYとの体格差はないこと、使用した凶器はYによる侵害と同じ物であることなどを総合して評価することになるでしょう。

また、「法益の権衡」については、Xの加療約3日間を要する左上腕部打撲という傷害と、Yの入院加療約1か月間を要する鼻骨骨折等の傷害との比較において、正当防衛として違法性を阻却するのが相当であると評価できる範囲内にあるのかどうかを論じることになると考えられます。

相当性を否定したなら、正当防衛は成立しませんが、過剰防衛（法36条2項）として、刑の任意的減免が認められることとなります。

以上